

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

18 september 2001 *

In zaak T-112/99,

Métropole télévision (M6), gevestigd te Neuilly-sur-Seine (Frankrijk),

Suez-Lyonnaise des eaux, gevestigd te Nanterre (Frankrijk),

France Télécom, gevestigd te Parijs (Frankrijk),

vertegenwoordigd door D. Théophile, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

en

Télévision française 1 SA (TF1), gevestigd te Parijs, vertegenwoordigd door P. Dunaud en P. Elsen, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door É. Gippini Fournier en K. Wiedner als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

ondersteund door

CanalSatellite, gevestigd te Parijs, vertegenwoordigd door L. Cohen-Tanugi en F. Brunet, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënte,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de artikelen 2 en 3 van beschikking 1999/242/EG van de Commissie van 3 maart 1999 in een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/36.237 — TPS) (PB L 90, blz. 6),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: J. Azizi, kamerpresident, K. Lenaerts en M. Jaeger, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 18 januari 2001,

het navolgende

Arrest

Algemeen kader van de zaak

A — Beschrijving van de transactie

- 1 Deze zaak betreft beschikking 1999/242/EG van de Commissie van 3 maart 1999 in een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/36.237 — TPS) (PB L 90, blz. 6) (hierna: „bestreden beschikking”), betreffende de oprichting van de vennootschap *Télévision par satellite* (hierna: „TPS”), die tot doel heeft een digitaal per satelliet uit te zenden betaaltelevisieaanbod van programma’s en diensten te ontwerpen, te ontwikkelen en te exploiteren die bestemd zijn voor Franstalige Europese televisiekijkers (punt 76 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 2 Deze vennootschap is in de vorm van een „Société en nom collectif” (SNC) naar Frans recht opgericht door zes grote Franse vennootschappen die actief zijn in de sectoren televisie [*Métropole télévision* (M6), *Télévision française 1 SA* (TF1), *France 2* en *France 3*], telecommunicatie en kabel distributie (*France Télécom* en *Suez-Lyonnaise des eaux*). Zij is een nieuwkomer op markten die sterk worden gedomineerd door een gevestigde exploitant, Canal+ en haar dochteronderneming CanalSatellite.

B — *De relevante markten en hun structuur*

- 3 Volgens de bestreden beschikking is de belangrijkste productmarkt waarvoor de oprichting van TPS gevolgen heeft, de betaaltelevisiemarkt (punten 23 en 24 van de considerans van de bestreden beschikking). Verder heeft de transactie gevolgen voor de markt voor uitzendrechten en de markt voor de distributie van themaketens.

- 4 Wat de relevante geografische markt betreft, stelt verweerster in de bestreden beschikking dat deze verschillende markten ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking nationaal waren, en in casu dus beperkt tot Frankrijk (punten 40-43 van de considerans van de bestreden beschikking).

1. *Franse betaaltelevisiemarkt*

- 5 Volgens punt 25 van de considerans van de bestreden beschikking is deze markt een productmarkt die onderscheiden moet worden van die voor vrij toegankelijke televisie (ook „ongecodeerde televisie” genoemd). Terwijl op deze laatste markt de commerciële betrekkingen tussen de omroeporganisatie en de adverteerder centraal staan, bestaat er bij betaaltelevisie een relatie tussen de omroeporganisatie en de kijker als abonnee. De mededingingsvoorwaarden op deze beide markten zijn derhalve verschillend.

- 6 In de bestreden beschikking wordt ook gepreciseerd, dat ten tijde van de vaststelling van de beschikking de markt voor betaaltelevisie drie mogelijkheden voor uitzending kende (via straalverbinding, via de satelliet en via de kabel), en dat die drie mogelijkheden geen afzonderlijke markten opleverden (punt 30 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 7 De oudste exploitant op de markt voor betaaltelevisie in Frankrijk is Canal+, die een zeer grote bekendheid geniet en over zeer veel „knowhow” op het gebied van betaaltelevisiediensten beschikt (punt 44 van de considerans van de bestreden beschikking). De Canal+-groep is ook actief op het gebied van de kabeldistributie en heeft een meerderheidsbelang in het kabelnet NumériCâble. Via haar dochteronderneming CanalSatellite zendt zij digitaal een boeket betaaltelevisieketen via de satelliet uit (hierna: „digitaal boeket”) (punt 46 van de considerans van de bestreden beschikking). In de bestreden beschikking wordt gesteld: „Uitgaande van het abonneebestand was de Canal+-groep, die de ‚premium’-keten ‚Canal+’, CanalSatellite en het kabelnet NumériCâble omvat, eind juni 1998 goed voor ongeveer 70 % van de Franse betaaltelevisiemarkt” (punt 47 van de considerans).

- 8 In april 1996 kwam de Franse AB-groep, die voornamelijk actief is op het gebied van de productie van programma’s en de distributie van televisierechten, met de vennootschap AB-Sat op de markt voor betaaltelevisie. Eind juni 1998 had AB-Sat 100 000 abonnees (punt 49 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 9 TPS ten slotte telde eind juli 1998 457 000 abonnees en rekende voor het einde van dat jaar op ongeveer 600 000 abonnees (punt 50 van de considerans van de bestreden beschikking).

2. *Markt voor uitzendrechten voor, met name, films en sport*

- 10 Daar films en sport de twee populairste producten van betaaltelevisie uitmaken, is het verkrijgen van uitzendrechten voor die programma's noodzakelijk om een voldoende aantrekkelijk aanbod te kunnen samenstellen dat potentiële abonnees ertoe kan bewegen voor de ontvangst van televisiediensten te betalen (punt 34 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 11 Blijkens de bestreden beschikking zijn de voornaamste concurrenten van TPS op deze markt, met name wat de aankoop van uitzendrechten voor Amerikaanse en Franse films en sportevenementen betreft, Canal+ en de themaketens waarin Canal+ belangen heeft (punt 58 van de considerans van de bestreden beschikking). In de bestreden beschikking preciseert de Commissie nog, dat de Canal+groep „een bijzonder sterke positie op deze markt” heeft, en dat ook AB-Sat en de algemene ketens op deze markt aanwezig zijn (zelfde punt van de considerans).

3. *Markt voor de verkoop en exploitatie van themaketens*

- 12 Volgens de bestreden beschikking zijn themaketens onmisbaar voor de totstandbrenging van een aantrekkelijk betaaltelevisieaanbod en verkeert de markt voor de verkoop en exploitatie van themaketens in Frankrijk in volle ontwikkeling, met name wegens de invoering van de digitale technologie (punten 37-39 en 65-69 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 13 Met betrekking tot de structuur van de markt wordt in de bestreden beschikking gepreciseerd:

„Sinds de opkomst van de satellietplatforms hebben alle exploitanten van betaaltelevisie een belang verworven in de op de markt aanwezige themaketens. Het aantal deelnemingen van de grootste partijen op deze markt is vrij homogeen. De Canal+-groep is echter een belangrijke marktdeelnemer, omdat zij deelnemingen heeft in de oudste keten, die de grootste penetratiegraad op de kabel en het grootste aantal abonnees hebben” (punten 67 en 68 van de considerans van de bestreden beschikking).

C — Aanmelding en aangemelde overeenkomsten

- 14 De eerste contacten met verweerster over de oprichting van TPS dateren van de zomer van 1996, waarbij het de bedoeling van de partijen was om op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [PB 1990, L 257, blz. 13, laatstelijk gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1)], deze transactie aan te melden (punt 1 van de considerans van de bestreden beschikking). Nadat de bij de oprichting van TPS betrokken vennootschappen echter door verweerster was meegedeeld dat TPS geen gemeenschappelijke onderneming vormt in de zin van een aan de gezamenlijke zeggenschap van haar vennoten onderworpen onderneming, hebben zij op 18 oktober 1996 de transactie aangemeld met het verzoek om een negatieve verklaring of, subsidiair, een vrijstelling op grond van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204) (zelfde punt van de considerans).
- 15 Er zijn vier overeenkomsten aangemeld. De voornaamste beginselen betreffende de werking van TPS zijn vervat in de overeenkomst van 11 en 18 april 1996 (hierna: „overeenkomst”) en zijn naderhand concreter en gestructureerd

vastgelegd in het op 19 juni 1996 ondertekende vennotenakkoord en in de statuten van TPS en TPSG, die op dezelfde datum werden ondertekend (punt 70 van de considerans van de bestreden beschikking). Deze overeenkomsten zijn voor tien jaar van kracht (punt 71 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 16 In de bestreden beschikking besteedt verweerster vooral aandacht aan drie bepalingen van deze overeenkomsten. Het betreft in de eerste plaats het non-concurrentiebeding, in de tweede plaats het beding betreffende de themaketens en in de derde plaats het exclusiviteitsbeding.

1. Non-concurrentiebeding

- 17 Dit beding is opgenomen in artikel 11 van de overeenkomst en in artikel 5.3 van voormeld vennotenakkoord, en is op verzoek van verweerster gepreciseerd in een aanvullende bepaling van 17 september 1998. Het luidt als volgt:

„Behalve voor de gevallen die op de datum van sluiting van de overeenkomsten reeds bestaan, en voor de verkoop van nieuwe programma's en diensten waarvoor geen overeenkomst met TPS bestaat, verbinden de partijen zich ertoe zich, zolang zij vennoot in TPS zijn, te onthouden van enige deelneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, uit welke hoofde ook, in ondernemingen waarvan de activiteit of maatschappelijke doelstelling gelegen is in de verspreiding en het op de markt aanbieden van audiovisuele, digitale of satellietprogramma's en -diensten tegen betaling, die voor een Franstalig Europees publiek bestemd zijn” (punt 77 van de considerans van de bestreden beschikking).

2. *Beding betreffende de themaketens*

- 18 Krachtens artikel 6 van de overeenkomst („Programma’s en diensten die tot het digitale aanbod behoren”) en artikel 5.4 van het vennotenakkoord heeft TPS een recht van voorrang en een recht van eerste keuze met betrekking tot de productie van themaketens en televisiediensten door haar aandeelhouders. Dit beding luidt:

„Om TPS de voor haar activiteiten benodigde programma’s te leveren, verbindt elk der partijen zich ertoe de ketens en diensten die de betrokken partij exploiteert of waarover zij binnen de betrokken productieonderneming daadwerkelijk beslissingsmacht heeft, alsmede de programma’s en diensten die de partij zelf kan creëren, bij voorrang aan TPS aan te bieden. TPS beschikt ook over een recht van eerste keuze, tegen de beste voorwaarden die de concurrenten bieden, voor alle programma’s en diensten die de vennoten van TPS aan derden mochten aanbieden. Indien TPS tot aankoop besluit, past TPS, ongeacht of het uitsluitende of niet-uitsluitende rechten betreft, op deze diensten financiële en contractuele voorwaarden toe die ten minste gelijkwaardig zijn aan die, welke elders voor deze programma’s en diensten kunnen worden verkregen.

Bij de aankoop van deze ketens en diensten beslist TPS zelf naar eigen inzicht of zij zich al dan niet ertoe wil verbinden al deze diensten, al dan niet op basis van exclusiviteit, in haar digitale aanbod op te nemen, met dien verstande dat de partijen bevestigen dat het hun doel is op exclusieve basis over de ketens en diensten in het digitale aanbod van TPS te kunnen beschikken” (punten 78 en 79 van de considerans van de bestreden beschikking).

3. *Exclusiviteitsbeding*

- 19 Artikel 6 van de overeenkomst bepaalt ten slotte, dat de bij de oprichting en lancering van TPS betrokken algemene ketens, namelijk M6, TF1, France 2 en

France 3, exclusief door TPS zullen worden uitgezonden (punt 81 van de considerans van de bestreden beschikking). TPS zal de met het transport en de met uitzending verbonden technische kosten voor haar rekening nemen, maar zal daarvoor niet betalen (zelfde punt van de considerans).

D — *Bestreden beschikking*

- 20 Op 3 maart 1999 heeft verweerster de bestreden beschikking gegeven.
- 21 Blijkens artikel 1 van de beschikking heeft verweerster geoordeeld, dat op grond van de inlichtingen waarover zij beschikte, er voor haar geen reden was om ten aanzien van de oprichting van TPS op te treden uit hoofde van artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG).
- 22 Met betrekking tot de in de punten 17 tot en met 19 genoemde contractuele bedingen heeft verweerster echter geconcludeerd:
- dat er geen reden was om gedurende een periode van drie jaar, dat wil zeggen tot 15 december 1999, op te treden ten aanzien van het non-concurrentiebeding (artikel 2 van de bestreden beschikking);

- dat voor het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag gedurende een periode van drie jaar, dat wil zeggen tot en met 15 december 1999, een vrijstelling kon worden verleend (artikel 3 van de bestreden beschikking).

Procesverloop en conclusies van partijen

- 23 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 10 mei 1999, hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.

- 24 Bij een op 5 november 1999 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft CanalSatellite verzocht, in deze procedure te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

- 25 Bij beschikking van 31 januari 2000 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht die interventie toegestaan en het verzoek van verzoeksters om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in het verzoekschrift en de bijlagen daarbij, gedeeltelijk ingewilligd.

- 26 Op 24 maart 2000 heeft interveniënte haar memorie in interventie ingediend. De Commissie, TF1 en M6 hebben respectievelijk op 4, 5 en 8 mei 2000 opmerkingen over die memorie ingediend.

- 27 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. In het kader van de in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering bedoelde maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht partijen verzocht, vragen te beantwoorden, en verweerster verzocht een document over te leggen. Aan die verzoeken is binnen de gestelde termijn voldaan.
- 28 Partijen zijn ter terechtzitting van 18 januari 2001 in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.
- 29 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:
- de artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;
 - verweerster en interveniënte in solidum in de kosten te verwijzen.
- 30 Verweerster en interveniënte concluderen dat het het Gerecht behage:
- het beroep te verwerpen;
 - verzoeksters in de kosten te verwijzen.

In rechte

A — *De ontvankelijkheid van het beroep*

Argumenten van partijen

- 31 Verweerster, daarin gesteund door interveniënte, stelt dat het beroep van verzoeksters niet-ontvankelijk is. Zij wijst erop, dat volgens vaste rechtspraak enkel handelingen kunnen worden aangevochten die dwingende rechtsgevolgen kunnen hebben welke de belangen van verzoeksters schaden. Zij wijst er ook op, dat volgens de arresten van het Gerecht van 17 september 1992, NBV en NVB/Commissie (T-138/89, Jurispr. blz. II-2181, punt 31), en 22 maart 2000, Coca-Cola/Commissie (T-125/97 en T-127/97, Jurispr. blz. II-1733, punt 79), alleen het dispositief van een handeling rechtsgevolgen kan hebben en derhalve bezwarend kan zijn. De motivering van de betrokken beschikking kan daarentegen slechts aan de wettigheidscontrole van de communautaire rechter worden onderworpen indien zij, als motivering van een bezwarende handeling, noodzakelijk was ter onderbouwing van het dispositief.
- 32 Volgens verweerster is het dispositief van een beschikking waarbij een negatieve verklaring wordt afgegeven en een vrijstelling wordt verleend, zoals de beschikking waartegen met het onderhavige beroep wordt opgekomen, niet bezwarend voor de betrokkene. Verzoeksters' beroep tot nietigverklaring is dan ook niet-ontvankelijk.
- 33 Verweerster meent dat dit des te meer voor de hand ligt, nu sinds 15 december 1999 alle rechtsgevolgen van de bestreden beschikking uitgewerkt zijn. De onderhavige zaak zou derhalve een louter theoretisch belang hebben.

- 34 Verzoeksters betwisten dat het beroep niet-ontvankelijk is. De bestreden beschikking heeft bindende rechtsgevolgen die hun belangen aantasten (arrest Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9), aangezien de negatieve verklaring en de vrijstelling slechts voor drie jaar gelden. Verder merken zij op, dat in het arrest van het Gerecht van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141), dat eveneens betrekking had op beroepen tot nietigverklaring van een vrijstellingsbeschikking door de begunstigden van de vrijstelling, de beroepen ontvankelijk zijn geacht.

Beoordeling door het Gerecht

- 35 Volgens vaste rechtspraak zijn als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) te beschouwen maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen (arrest Hof IBM/Commissie, aangehaald in punt 34, punt 9, en arrest van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 62; arrest Gerecht van 4 maart 1999, Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie, T-87/96, Jurispr. blz. II-203, punt 37, en arrest Coca-Cola/Commissie, aangehaald in punt 31, punt 77).
- 36 Elke natuurlijke of rechtspersoon kan dus beroep instellen tot nietigverklaring van een beschikking van een gemeenschapsinstelling waarbij een nauwkeurig en duidelijk verzoek van die persoon dat binnen haar bevoegdheid valt, geheel of ten dele wordt afgewezen (zie, in die zin, met betrekking tot een verzoek op grond van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17, arrest Hof van 25 oktober 1977, Metro/Commissie, 26/76, Jurispr. blz. 1875, punt 13). In een dergelijke situatie heeft de gehele of gedeeltelijke afwijzing van het verzoek immers bindende rechtsgevolgen die de belangen van de verzoeker kunnen aantasten.

- 37 In het licht van die beginselen moet worden nagegaan, of het onderhavige beroep tot nietigverklaring ontvankelijk is.
- 38 In casu hebben verzoeksters bij verweerster de overeenkomsten tot oprichting van TPS en de volgens hen bijkomende restricties daarbij aangemeld, om op grond van artikel 2 van verordening nr. 17 een negatieve verklaring te krijgen voor de gehele duur van de overeenkomsten, dat wil zeggen voor tien jaar, of, bij gebreke daarvan, om op grond van artikel 4, lid 1, van die verordening een individuele vrijstelling voor dezelfde duur te verkrijgen.
- 39 Blijkens het dispositief van de bestreden beschikking gelden zowel de negatieve verklaring betreffende het non-concurrentiebeding (artikel 2) als de individuele vrijstelling voor het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens (artikel 3) echter slechts voor drie jaar.
- 40 Door die beperkte duur van de negatieve verklaring en de vrijstelling in de artikelen 2 en 3 hebben verzoeksters slechts voor een veel kortere tijd dan aanvankelijk verwacht, de rechtszekerheid die het gevolg is van dergelijke beschikkingen. Bovendien hebben verzoeksters, zonder dienaangaande door verweerster te zijn weersproken, gesteld dat deze situatie ook gevolgen had voor de berekening van de rendabiliteit van de investeringen die aan de sluiting van de aangemelde overeenkomsten ten grondslag lag.
- 41 Dat deel van het dispositief van de bestreden beschikking heeft dus bindende rechtsgevolgen die de belangen van verzoeksters kunnen aantasten.
- 42 Dienaangaande is het van weinig belang, dat verzoeksters eventueel na een nieuwe aanmelding van de betrokken restricties een nieuwe negatieve verklaring

of vrijstelling voor kortere, gelijke of zelfs langere duur kunnen krijgen dan die welke aanvankelijk was toegekend. Daar zij immers reeds thans niet de rechtszekerheid hebben die zij zouden hebben gehad indien de negatieve verklaring en de vrijstelling in de artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking voor tien jaar waren toegekend, worden hun belangen stellig aangetast door dat deel van het dispositief van de bestreden beschikking.

- 43 Ten slotte moet worden opgemerkt, dat anders dan de verzoeken in de zaken waarin de hiervóór in punt 31 aangehaalde arresten NBV en NVB/Commissie en Coca-Cola/Commissie zijn geweest, verzoeksters' beroep tot nietigverklaring geen betrekking heeft op de motivering, maar op het dispositief van de bestreden beschikking. In hun conclusies vorderen verzoeksters immers nietigverklaring van de artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking. Bovendien heeft het Gerecht in het reeds aangehaalde arrest NBV en NVB/Commissie (punt 32) weliswaar overwogen, dat een beschikking houdende een negatieve verklaring „de aanvrager genoegdoening verschaft en naar haar aard geen wijziging kan brengen in diens rechtssituatie noch bezwarend voor hem kan zijn”, maar was in de zaak waarin dat arrest is geweest, de negatieve verklaring afgegeven voor een periode die overeenstemde met hetgeen de betrokkenen hadden gevraagd. Zoals hiervoor reeds is gesteld, is de negatieve verklaring in deze zaak evenwel slechts afgegeven voor drie jaar, terwijl verzoeksters om een periode van tien jaar hadden verzocht.
- 44 Uit een en ander volgt, dat het beroep ontvankelijk is.

B — *Ten gronde*

- 45 Het Gerecht zal eerst de middelen onderzoeken die strekken tot nietigverklaring van artikel 3 van de bestreden beschikking, dat wil zeggen de middelen

betreffende het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens. Daarna zal het Gerecht het middel onderzoeken dat is aangevoerd tegen artikel 2 van de bestreden beschikking, betreffende het non-concurrentiebeding.

1. De middelen tot nietigverklaring van artikel 3 van de bestreden beschikking

- 46 Met betrekking tot artikel 3 van de bestreden beschikking voeren verzoeksters twee middelen aan, ontleend aan schending van artikel 85, leden 1 en 3, van het Verdrag. In het kader van het eerste middel stellen zij, dat verweerster artikel 85, lid 1, van het Verdrag heeft geschonden, primair omdat het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens niet de mededinging beperken in de zin van die bepaling en, subsidiair, omdat die verbintenissen moeten worden aangemerkt als nevenrestricties bij de oprichting van TPS. In het kader van het tweede middel menen verzoeksters, dat verweerster artikel 85, lid 3, van het Verdrag heeft geschonden, doordat zij de in die bepaling bedoelde vrijstellingscriteria niet juist heeft toegepast en een beoordelingsfout heeft gemaakt met betrekking tot de duur van de vrijstelling.

a) Het eerste middel: schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag

i) Het primaire argument, dat het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens niet de mededinging beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag

- 47 Volgens verzoeksters heeft verweerster de vaststelling in de bestreden beschikking, dat het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens de

mededinging beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, gebaseerd op onjuiste beoordelingen, en heeft zij daarbij die bepaling verkeerd toegepast.

- 48 Verweerster, ondersteund door interveniënte, betwist de juistheid van die twee grieven.

— De grief betreffende onjuiste beoordelingen

Argumenten van partijen

- 49 Volgens verzoeksters heeft verweerster, teneinde vast te stellen dat het exclusiviteitsbeding de mededinging beperkt, in de punten 102 tot en met 107 van de considerans van de bestreden beschikking gepoogd aan te tonen, dat de algemene ketens voor de kijkers aantrekkelijke programma's zijn, en dat door dit beding de concurrenten van TPS de toegang tot die programma's wordt ontzegd. Huns inziens is deze vaststelling gebaseerd op onjuiste beoordelingen.
- 50 Zij stellen namelijk in de eerste plaats, dat de vaststelling dat de aantrekkingskracht van de door TPS aangeboden algemene ketens te verklaren is door het bestaan van „schaduwzones” in Frankrijk — zones waar de ontvangst van die ketens via straalverbindingen van slechte kwaliteit of gebrekkig is — onjuist is. De door verweerster genoemde cijfers uit het onderzoek van het instituut Médiamétrie van november-december 1997 betreffende de tweemaandelijks follow-up van de penetratiegraad (hierna: „Médiamétrie-studie”) zijn onjuist en

houden geen rekening met het feit dat nagenoeg alle Fransen TF1, France 2 en France 3 goed ontvangen. Tot staving van deze stelling hebben verzoeksters ter terechtzitting betoogd, dat in de Médiamétrie-studie niet wordt gepreciseerd, volgens welke methodologische beginselen zij is verricht, en dat de uitzendkwaliteit van de televisieprogramma's van de Franse zenders om de vijf jaar wordt gecontroleerd door de Conseil Supérieur de l'Audiovisuel in het kader van de procedure voor het verlenen of verlengen van een vergunning.

- 51 In de tweede plaats merken verzoeksters op, dat anders dan verweerster in de bestreden beschikking stelt, de kijkers blijkens marktonderzoeken eerder voor TPS kiezen wegens het ruime aanbod dan wegens de digitale ontvangst van de algemene ketens.
- 52 In de derde plaats menen verzoeksters dat verweersters stelling, dat de andere twee digitale boeketten, te weten CanalSatellite en AB-Sat, met succes zijn gestart zonder exclusiviteit voor de uitzending van de algemene ketens, in casu niet relevant is. Zij wijzen er namelijk op, dat CanalSatellite bij de start exclusiviteit had voor talrijke films en sportevenementen en nog steeds exclusief Canal+ uitzendt, en dat AB-Sat een ander marktsegment inneemt.
- 53 In de laatste plaats stellen verzoeksters, dat anders dan verweerster in de bestreden beschikking heeft vastgesteld, het feit dat de vier algemene ketens, die 90 % van de kijkers vertegenwoordigen en ongeveer 75 % van de kabelkijkers, uitsluitend via TPS worden uitgezonden, niet noodzakelijkerwijs betekent, dat de toegang van concurrenten tot de programma's van die ketens wordt beperkt. De markt voor ongecodeerde televisie en de markt voor betaaltelevisie zijn immers twee verschillende markten, zodat er geen dergelijk causaal verband kan bestaan. Bovendien staat volgens verzoeksters niet vast, dat indien de vier algemene ketens niet bij de oprichting van TPS betrokken waren, zij zouden hebben aanvaard om deel te nemen aan een ander digitaal boeket. Zij merken bovendien op, dat zoals blijkt uit de situatie in de andere Europese landen, waar één onderneming een monopolie heeft op de betaaltelevisiemarkt, een nieuwkomer op de betaaltelevisiemarkt in Frankrijk geen kans maakt.

- 54 Verweerster, ondersteund door interveniënte, betwist dat de vaststelling in de bestreden beschikking dat de exclusiviteit voor de uitzending van de vier algemene ketens de mededinging beperkt, op een onjuiste beoordeling berust.

Beoordeling door het Gerecht

- 55 Opgemerkt moet worden, dat de feiten die verzoeksters aanvoeren om aan te tonen dat verweersters vaststelling dat het exclusiviteitsbeding de mededinging beperkt, op een onjuiste beoordeling berust, hetzij onjuist, hetzij irrelevant zijn.
- 56 Zo moet in de eerste plaats worden beklemtoond dat bij gebreke van bewijzen, verzoeksters' betoog dat de in punt 104 van de considerans van de bestreden beschikking vermelde gegevens van de Médiamétrie-studie betreffende het bestaan van schaduwzones in Frankrijk onjuist zijn en dat nagenoeg alle kijkers in Frankrijk TF1, France 2 en France 3 goed ontvangen, niet kan worden aanvaard.
- 57 Ter terechtzitting heeft interveniënte immers zonder door verzoeksters te zijn weersproken gepreciseerd, dat Médiamétrie het enige onderzoeksinstituut is dat in Frankrijk de kijkcijfers onderzoekt, en dat die onderzoeken voor alle Franse televisiezenders het referentiepunt zijn voor met name de berekening van hun advertentie-inkomsten.
- 58 Anders dan verzoeksters betogen, bewijzen de vijfjaarlijkse controles door de Conseil supérieur de l'audiovisuel in het kader van de procedure voor het verlenen of verlengen van een vergunning bovendien niet, dat die gegevens onjuist

zijn. Zoals zij ter terechtzitting hebben erkend, controleert de Conseil immers enkel de kwaliteit van de uitzendingen van de televisiezenders, en niet de kwaliteit van de ontvangst van die zenders door de Franse kijkers.

- 59 Ook moet worden opgemerkt, dat het door de Médiamétrie-studie gemelde bestaan van grote schaduwzones in Frankrijk lijkt te worden bevestigd door het door verzoeksters overgelegde marktonderzoek, aangezien daaruit blijkt, dat [...] ¹ van de ondervraagden zich op TPS hebben geabonneerd „om de nationale zenders correct te ontvangen”.
- 60 Verder heeft verweerster in de bestreden beschikking duidelijk aangegeven, dat de cijfers van de Médiamétrie-studie voor haar „slechts indicatieve waarde [hebben] omdat zij niet alleen betrekking hebben op de vier algemene ketens die exclusief door TPS worden uitgezonden, maar ook op Arte en la Cinquième, waarvan de penetratiegraad 80,6 % van de huishoudens bedraagt, en op Canal+ via de ether, dat door ongeveer [...] huishoudens in slechte omstandigheden wordt ontvangen” (punt 104 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 61 In de tweede plaats moet worden opgemerkt, dat het feit dat de abonnees van TPS volgens verschillende door TPS bestelde marktonderzoeken (met name die van BVA) veeleer zijn gemotiveerd door het ruime aanbod dan door de mogelijkheid om de algemene ketens te ontvangen, zoals verzoeksters stellen, de vaststelling van verweerster niet weerlegt. Daar de programma's van de algemene ketens het aanbod van TPS verruimen, maken zij dit aanbod immers aantrekkelijker. Zoals in punt 59 reeds is vastgesteld, blijkt uit die marktonderzoeken trouwens ook, dat een groot deel van de ondervraagden zich op TPS hebben geabonneerd om de algemene ketens correct te ontvangen.

1 — Vertrouwelijke gegevens.

- 62 In de derde plaats moet met betrekking tot verzoeksters' argument, dat het feit dat CanalSatellite en AB-Sat zijn gestart zonder exclusiviteit voor de uitzending van de algemene ketens, in casu niet relevant is, worden gepreciseerd, dat verweerster dit heeft aangevoerd om aan te tonen, dat het bij de algemene ketens „niet om een afzonderlijke categorie programma's gaat, en evenmin om een onderdeeltype dat voor de betaaltelevisie essentieel is" (punt 106 van de considerans van de bestreden beschikking). Ofschoon dit element eerder van ondergeschikt belang is voor de vaststelling van de mededingingsbeperkende aard van het exclusiviteitsbeding, kan aan de hand daarvan toch worden vastgesteld dat dit beding niet objectief noodzakelijk is voor de oprichting van TPS, zodat het niet als een nevenrestrictie kan worden beschouwd (zie, in die zin, infra, punten 118 e.v.).
- 63 Ten slotte moeten de feitelijke argumenten worden afgewezen die verzoeksters hebben aangevoerd om aan te tonen, dat het exclusiviteitsbeding, anders dan de Commissie in de bestreden beschikking heeft aangenomen, niet tot gevolg heeft dat „de concurrenten van TPS de toegang tot aantrekkelijke programma's wordt ontzegd”.
- 64 Het is immers duidelijk, dat nu enkel TPS de algemene ketens mag uitzenden omdat zij daarvoor de exclusiviteit heeft, de concurrenten van TPS de toegang wordt ontzegd tot programma's die talrijke Franse televisiekijkers aantrekkelijk vinden.
- 65 Bovendien hebben verzoeksters niets aangevoerd tot staving van hun betoog, dat het niet uitgesloten is dat de algemene ketens weigeren door andere digitale boeketten te worden uitgezonden.
- 66 Uit een en ander volgt, dat verzoeksters niet hebben aangetoond, dat verweersters vaststelling dat het exclusiviteitsbeding de mededinging beperkt in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, op een onjuiste beoordeling berust.

67 Derhalve moet deze grief worden afgewezen.

— De grief betreffende onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (niet-toepassing van een rule of reason)

Argumenten van partijen

68 Verzoeksters stellen dat verweerster artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet in abstracto had moeten toepassen, maar veeleer in het licht van een rule of reason. Volgens een dergelijke regel valt een mededingingsversturende praktijk buiten het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, indien zij op een bepaalde markt meer positieve dan negatieve gevolgen heeft. Huns inziens heeft het Hof het bestaan van een rule of reason in het communautaire mededingingsrecht reeds erkend (arresten Hof van 8 juni 1982, Nungesser en Eisele/Commissie, 258/78, Jurispr. blz. 2015, en 6 oktober 1982, Coditel e.a., 262/81, Jurispr. blz. 3381, punt 20). Verder stellen verzoeksters, dat anders dan verweerster betoogt, die twee arresten in casu relevant zijn omdat ook de oprichting van TPS onder zeer bijzondere omstandigheden en op een zeer bijzondere markt heeft plaatsgevonden.

69 Verzoeksters stellen, dat de toepassing van een rule of reason tot de conclusie had kunnen leiden, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet van toepassing is op het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens. Zoals impliciet blijkt uit verweersters redenering betreffende artikel 85, lid 3, van het Verdrag, beperken die clausules immers niet de mededinging op de Franse betaaltelevisie-markt, maar bevorderen zij die mededinging veeleer, aangezien zij het mogelijk maken dat een nieuwe onderneming zich begeeft op een markt die voordien werd gedomineerd door één enkele marktdeelnemer, namelijk CanalSatellite en haar

moederonderneming Canal+, daar het aanbod van AB-Sat, niet echt in concurrentie staat met dat van Canal+, maar eerder complementair is.

- 70 Volgens verzoeksters ligt die redenering over de niet-toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens te meer voor de hand in het licht van de rechtspraak van het Hof. Uit die rechtspraak blijkt immers enerzijds, dat een alleenverkoopclausule moet worden beoordeeld in het licht der economische feiten en niet noodzakelijkerwijs onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt (arrest Hof van 30 juni 1966, *Société technique minière*, 56/65, Jurispr. blz. 337), en, anderzijds, dat een alleenrecht om zich op een nieuwe markt te begeven niet onder het verbod van dat artikel valt (arresten *Nungesser en Eisele/Commissie*, aangehaald in punt 68, en *Société technique minière*, reeds aangehaald; meer algemeen met betrekking tot de strekking van artikel 85, leden 1 en 3, van het Verdrag, arrest Hof van 12 december 1995, *Oude Luttikhuis e.a.*, C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punt 10; arresten *Gerecht van 14 mei 1997, VGB e.a./Commissie*, T-77/94, Jurispr. blz. II-759, punt 140, en *European Night Services e.a./Commissie*, aangehaald in punt 34, punt 136).
- 71 Verweerster betwist dat zij artikel 85, lid 1, van het Verdrag heeft geschonden door bij het onderzoek van de verenigbaarheid van het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens met die bepaling niet de door verzoeksters aangevoerde rule of reason te hebben toegepast.

Beoordeling door het Gerecht

- 72 Volgens verzoeksters impliceert het bestaan van een rule of reason in het communautaire mededingingsrecht, dat in het kader van de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging tegen elkaar moeten worden afgewogen ten

einde te bepalen of die overeenkomst onder het in dat artikel gestelde verbod valt. Allereerst moet worden opgemerkt dat, anders dan verzoeksters betogen, de rechterlijke instanties van de Gemeenschap het bestaan van een dergelijke regel als zodanig niet hebben erkend. In verschillende arresten hebben het Hof en het Gerecht er intendeel op gewezen, dat het bestaan van een rule of reason in het communautaire mededingingsrecht twijfelachtig is [zie arrest Hof van 8 juli 1999, Montecatini/Commissie, C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punt 133 („zo de ‚rule of reason‘ al een plaats heeft in het kader van artikel 85, lid 1, van het Verdrag”), en arresten Gerecht van 10 maart 1992, Montedipe/Commissie, T-14/89, Jurispr. blz. II-1155, punt 265, en 6 april 1995, Tréfilunion/Commissie, T-148/89, Jurispr. blz. II-1063, punt 109].

- 73 Verder moet worden beklemtoond, dat de door verzoeksters verdedigde uitlegging van artikel 85, lid 1, van het Verdrag moeilijk te rijmen valt met de normatieve structuur van die bepaling.
- 74 Artikel 85, lid 3, van het Verdrag voorziet immers uitdrukkelijk in de mogelijkheid om overeenkomsten die de mededinging beperken, vrij te stellen wanneer zij aan een aantal voorwaarden voldoen, met name wanneer zij noodzakelijk zijn om bepaalde doelstellingen te verwezenlijken en de ondernemingen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. Slechts binnen het strikte kader van deze bepaling kunnen de positieve en negatieve gevolgen van een restrictie voor de mededinging tegen elkaar worden afgewogen (zie, in die zin, arrest Hof van 28 januari 1986, Pronuptia, 161/84, Jurispr. blz. 353, punt 24, en arresten Gerecht van 15 juli 1994, Matra Hachette/Commissie, T-17/93, Jurispr. blz. II-595, punt 48, en European Night Services e.a./Commissie, aangehaald in punt 34, punt 136). Artikel 85, lid 3, van het Verdrag zou een groot deel van zijn nuttig effect verliezen indien dat onderzoek reeds in het kader van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zou moeten worden verricht.
- 75 In een aantal arresten hebben het Hof en het Gerecht zich uitgesproken voor een soepeler benadering van het verbod in artikel 85, lid 1, van het Verdrag (zie, met name, arresten Société technique minière en Oude Luttikhuis e.a., aangehaald in punt 70; Nungesser en Eisele/Commissie en Coditel e.a., aangehaald in punt 68;

Pronuptia, aangehaald in punt 74, en European Night Services e.a./Commissie, aangehaald in punt 34, en arrest Hof van 15 december 1994, DLG, C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punten 31-35).

- 76 Die arresten kunnen evenwel niet aldus worden uitgelegd, dat zij het bestaan van een rule of reason in het communautaire mededingingsrecht bevestigen. Zij liggen veeleer in de lijn van een ruimere rechtspraak volgens welke niet geheel in abstracto en zonder onderscheid mag worden aangenomen, dat elke overeenkomst die de handelingsvrijheid van partijen of van één van hen beperkt, noodzakelijkerwijs onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt. Bij het onderzoek naar de toepasselijkheid van deze bepaling op de overeenkomst moet immers rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin zij effect sorteert, in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de producten en/of diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert (zie, met name, arresten European Night Services e.a./Commissie, aangehaald in punt 34, punt 136; Oude Luttikhuis e.a., aangehaald in punt 70, punt 10, en VGB e.a./Commissie, aangehaald in punt 70, punt 140, en arrest Hof van 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punt 31).
- 77 Door deze uitlegging kan immers met inachtneming van de normatieve structuur van artikel 85 van het Verdrag, inzonderheid het nuttig effect van artikel 85, lid 3, worden vermeden, dat het in artikel 85, lid 1, vervatte verbod geheel abstract en zonder onderscheid van toepassing is op alle overeenkomsten die de handelingsvrijheid van partijen of van één van hen beperken. Beklemtoond moet evenwel worden, dat die benadering niet impliceert, dat voor de beoordeling van de toepasselijkheid van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging tegen elkaar moeten worden afgewogen.
- 78 Uit een en ander volgt dat, anders dan verzoeksters stellen, verweerster in de bestreden beschikking artikel 85, lid 1, van het Verdrag juist heeft toegepast op het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens, aangezien zij

de positieve en negatieve gevolgen van die verbintenissen voor de mededinging niet tegen elkaar behoefde af te wegen buiten het strikte kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

- 79 Zij heeft daarentegen overeenkomstig de rechtspraak het mededingingsverstorende karakter van die clausules beoordeeld in hun economische en juridische context. Zo heeft zij terecht vastgesteld, dat de algemene ketens voor betaaltelevisieabonnees aantrekkelijke programma's leveren en dat het exclusiviteitsbeding de concurrenten van TPS de toegang tot die programma's ontzegt (punten 102-107 van de considerans van de bestreden beschikking). Met betrekking tot het beding betreffende de themaketens heeft verweerster vastgesteld, dat het aanbod van dergelijke ketens op die markt daardoor tien jaar lang wordt beperkt (punt 101 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 80 Bijgevolg moet deze grief worden afgewezen.

ii) Het subsidiaire argument, dat het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens nevenrestricties zijn

— Argumenten van partijen

Het begrip nevenrestrictie

- 81 Wat het begrip nevenrestrictie betreft, moet volgens verzoeksters worden uitgegaan van het *XXIVe Verslag over het mededingingsbeleid* van de Commissie,

van 1994 (bladzijde 120, punt 166), volgens welk nevenrestricties in de context van gemeenschappelijke ondernemingen beperkingen zijn „welke alleen aan de partijen of de gemeenschappelijke onderneming (niet aan derden) zijn opgelegd welke objectief noodzakelijk zijn voor de goede werking van de gemeenschappelijke onderneming en derhalve door hun aard inherent zijn aan de betrokken verrichting”.

- 82 Verzoeksters verwijzen ook naar de bekendmaking van de Commissie van 16 februari 1993 betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (PB 1993, C 43, blz. 2; hierna: „bekendmaking”), waarin verweerster heeft gepreciseerd, dat overeenkomsten „die rechtstreeks verband houden met de [gemeenschappelijke onderneming] en die voor het bestaan ervan noodzakelijk zijn, [tegelijk met de gemeenschappelijke onderneming moeten] worden beoordeeld. Zij zijn uit mededingingsrechtelijk oogpunt als nevenrestricties te beschouwen, voorzover zij een functie vervullen die aan het hoofddoel van de [gemeenschappelijke onderneming] ondergeschikt is” (punt 66).
- 83 Verder wijzen verzoeksters erop, dat blijkens de bekendmaking de verlening voor onbeperkte duur van een exclusieve gebruikslicentie aan de gemeenschappelijke onderneming als absoluut noodzakelijk voor de oprichting en de werking van die onderneming is beschouwd, en dat de theorie van de nevenrestricties in de regel zal worden toegepast bij gemeenschappelijke ondernemingen die nieuwe activiteiten ontplooiën, met betrekking tot welke de oprichters geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten van de betrokken onderneming zijn (punt 76 van de bekendmaking).
- 84 Volgens verzoeksters blijkt uit verweersters beschikkingspraktijk dat zij deze beginselen getrouw toepast.
- 85 Verzoeksters wijzen er namelijk op, dat in beschikking 94/895/EG van de Commissie van 15 december 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85

van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (IV/34.768 — International Private Satellite Partners) (PB L 354, blz. 75, punt 61) is geoordeeld, dat clausules die de mededinging beperken als nevenrestricties moeten worden beschouwd wanneer zij onmisbaar zijn voor de gemeenschappelijke onderneming en niet verder gaan dan hetgeen voor de oprichting en exploitatie van die onderneming noodzakelijk is [zie ook beschikking 97/39/EG van de Commissie van 18 december 1996 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (IV/35.518 — Iridium) (PB 1997, L 16, blz. 87, punten 48 e.v.) en de beschikking van de Commissie van 6 april 1995 waarbij op grond van verordening nr. 4064/89 een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard (IV/M.564 — Havas Voyages/American Express) (PB C 117, blz. 8)].

- 86 Verzoeksters stellen verder, dat de door verweerster aangehaalde beschikkingen en arresten in het algemeen irrelevant zijn voor de onderhavige zaak.
- 87 Zij stellen namelijk, dat het arrest *Pronuptia* (aangehaald in punt 74) en het arrest van het Hof van 11 juli 1985, *Remia e.a./Commissie* (42/84, Jurispr. blz. 2545), betrekking hebben op de criteria voor toepassing van artikel 85, leden 1 en 3, van het Verdrag, zonder dat de problematiek van de nevenrestricties daarin aan bod komt. Vervolgens merken zij op, dat beschikking 87/100/EEG van de Commissie van 17 december 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.340 — *Mitchell Cotts/Sofiltra*) (PB 1987, L 41, blz. 31, punt 23) geen enkel nieuw element oplevert. Beschikking 90/410/EEG van de Commissie van 13 juli 1990 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.009 — *Elopak/Metal Box-Odin*) (PB L 209, blz. 15, punt 31) levert volgens verzoeksters geen weerlegging, maar veeleer een bevestiging op van het in de door hen aangevoerde beschikkingen neergelegde beginsel.
- 88 Ten slotte menen verzoeksters, anders dan verweerster en interveniënte, dat de kwalificatie van een clause als nevenrestrictie niet het gevolg mag zijn van een abstracte analyse van die clause, maar een grondige analyse van de markt vereist.

- 89 Verzoeksters beklemtonen trouwens, dat verweerster in de bestreden beschikking een dergelijk onderzoek heeft verricht. Zij merken ook op, dat de door interveniënte aangevoerde beschikkingen en arresten aantonen, dat bij de kwalificatie van „nevenrestricties” de context van de markt in aanmerking wordt genomen. Zo heeft het Hof in het arrest *Remia e.a./Commissie* (aangehaald in punt 87) in de gegeven omstandigheden geweigerd, een concurrentieverbod van meer dan vier jaar als nevenrestrictie aan te merken. In beschikking 1999/329/EG van de Commissie van 12 april 1999 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag en de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst (IV/D-1/30.373 — P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 — P&I Clubs-pooling-overeenkomst) (PB L 125, blz. 12) is na onderzoek van de prijzen en verkoopvoorwaarden op de markt voor herverzekering beslist, dat de gezamenlijke herverzekering in casu een nevenrestrictie was. In beschikking 1999/574/EG van de Commissie van 27 juli 1999 betreffende een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (IV/36.581 — *Télécom développement*) (PB L 218, blz. 24; hierna: „beschikking *Télécom développement*”) heeft verweerster de positie van *Télécom développement* op de markt van spraaktelefonie uit economisch en concurrentieel oogpunt onderzocht en geconcludeerd dat de aangemelde bepalingen als nevenrestrictie moesten worden aangemerkt. Ook in beschikking 97/39 ten slotte heeft verweerster op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval beslist de aangemelde bepalingen als nevenrestricties te kwalificeren.
- 90 Verweerster, ondersteund door interveniënte, betwist verzoeksters’ uitlegging van het begrip nevenrestrictie.

De gevolgen van de kwalificatie als nevenrestrictie

- 91 Verzoeksters beklemtonen, dat zowel uit verweersters publicaties als uit haar beschikkingspraktijk blijkt, dat verbintenissen die als nevenrestricties worden aangemerkt, op dezelfde wijze moeten worden behandeld als de primaire transactie.

- 92 Zij wijzen er namelijk op, dat verweerster in haar *XXIVe Verslag over het mededingingsbeleid* heeft beklemtoond, dat nevenrestricties „afzonderlijk [worden] beoordeeld krachtens artikel 85, lid 1, indien de gemeenschappelijke onderneming zelf artikel 85, lid 1, niet schendt of is vrijgesteld krachtens artikel 85, lid 3. Hoewel nevenrestricties normaal slechts aanvaard worden voor een beperkte duur, worden zij in de context van gemeenschappelijke ondernemingen gewoonlijk toegestaan voor de gehele duur van de gemeenschappelijke onderneming”. In de bekendmaking heeft verweerster gepreciseerd, dat zo de gemeenschappelijke onderneming „als dusdanig niet onder artikel 85, lid 1, [valt] dan is het kartelverbod evenmin van toepassing op bijkomende afspraken die weliswaar op zich een concurrentiebeperking vormen, maar als een nevenrestrictie in bovenbedoelde zin zijn te beschouwen” (punt 67), en dat zij „tegelijk met de [gemeenschappelijke onderneming moeten] worden beoordeeld” (punt 66).
- 93 Verzoeksters merken verder op, dat verweerster die beginselen in haar beschikingspraktijk heeft toegepast. Zo heeft zij in punt 62 van de considerans van beschikking 94/895 overwogen, dat aangezien de gemeenschappelijke onderneming niet binnen het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, van het Verdrag viel, dit ook gold voor de betrokken bepalingen (zie ook beschikking 97/39, punt 48 van de considerans).
- 94 Verweerster beklemtoont, dat ofschoon de toepassing van het begrip nevenrestrictie tot gevolg heeft, dat contractuele bepalingen die a priori de mededinging beperken en de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden, buiten de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag vallen, zulks niet betekent, dat voor die bepalingen noodzakelijkerwijs een negatieve verklaring wordt afgegeven voor dezelfde duur als voor de primaire transactie. Volgens de Commissie blijkt immers uit het arrest *Remia e.a./Commissie* (aangehaald in punt 87) en uit de bestreden beschikking, dat de duur van een beperking een essentiële factor kan zijn om te bepalen of het om een nevenrestrictie gaat.

De kwalificatie van het exclusiviteitsbeding als nevenrestrictie

- 95 Volgens verzoeksters staat het buiten kijf, dat verweerster het exclusiviteitsbeding als een nevenrestrictie had moeten kwalificeren.
- 96 Gelet op de machtspositie van Canal+, met name op de markt van uitzendrechten voor Franse en Amerikaanse films, was die exclusiviteit immers het enige middel om op de Franse betaaltelevisiemarkt te komen en er zich met behoud van een aantrekkelijk aanbod te handhaven. De zeer bijzondere aard van dit voordeel blijkt ook uit het feit, dat het zonder enige vergoeding over en weer aan TPS is verleend door haar aandeelhouders, teneinde haar succes op de markt te verzekeren.
- 97 Volgens verzoeksters is het belangrijkste argument waarmee verweerster betwist dat het exclusiviteitsbeding een nevenrestrictie is, namelijk dat de oprichting van een onderneming voor digitale satelliettelevisie denkbaar is zonder exclusiviteit voor de uitzending van de vier algemene ketens, onjuist. Toen zij besloten TPS op te richten, beschikten zij immers niet over de exclusiviteit voor films en sportevenementen — waarover zij trouwens nog steeds slechts in zeer geringe mate beschikken — zodat hun enige wapen om te concurreren de exclusieve uitzending van de algemene ketens was (en nog steeds is). Dat beding houdt derhalve rechtstreeks verband met de oprichting van TPS en is noodzakelijk voor de goede werking ervan.
- 98 Verweerster betwist, dat zij een beoordelingsfout heeft gemaakt door het exclusiviteitsbeding niet als een nevenrestrictie te kwalificeren.

De kwalificatie van het beding betreffende de themaketens als nevenrestrictie

- 99 Verzoeksters menen, dat verweerster een beoordelingsfout heeft gemaakt door het beding betreffende de themaketens niet als een nevenrestrictie te kwalificeren.
- 100 Volgens verzoeksters heeft verweerster immers geen rekening gehouden met het feit, dat dit beding onmisbaar was voor de oprichting en de exploitatie van TPS, daar deze prioritaire toegang tot de ketens en tot de programma's van haar aandeelhouders, alsmede het recht van eerste keuze voor TPS het enige middel waren om de aanvoer van themaketens veilig te stellen, met name gelet op de zeer sterke positie van de Canal+-groep op de markt van die ketens.
- 101 Dienaangaande kan volgens verzoeksters worden verwezen naar beschikking 1999/573/EG van de Commissie van 20 mei 1999 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (IV/36.592 — Cégétel + 4) (PB L 218, blz. 14; hierna: „beschikking Cégétel”) en naar de beschikking Télécom développement. Enerzijds betreffen die beschikkingen namelijk mededingingssituaties die goed gelijken op het onderhavige geval, namelijk markten die worden gedomineerd door een gevestigde exploitant, en anderzijds analyseerde verweerster in die beschikkingen bepalingen die vergelijkbaar zijn met het beding betreffende de themaketens: in de beschikking Télécom développement ging het om een bepaling betreffende de preferentiële toegang tot infrastructuur en in de beschikking Cégétel om een bepaling betreffende de preferentiële aankoop door de gemeenschappelijke onderneming bij haar aandeelhouders. Verzoeksters merken op dat verweerster, anders dan in de onderhavige zaak, niet heeft gearzeld die bepalingen als nevenrestricties te kwalificeren en geheel gelijk te behandelen als de gemeenschappelijke onderneming (zie ook beschikking 1999/329).

- 102 Verweerster betwist, dat zij een beoordelingsfout heeft gemaakt door het beding betreffende de themaketens niet als een nevenrestrictie te kwalificeren.

— Beoordeling door het Gerecht

- 103 Allereerst moet worden gepreciseerd wat de strekking is van het begrip nevenrestrictie in het communautaire mededingingsrecht, en wat de gevolgen zijn van een dergelijke kwalificatie. Vervolgens moeten de aldus ontwikkelde beginselen worden toegepast op het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens, teneinde uit te maken, of verweerster een beoordelingsfout heeft gemaakt door die verbintenissen niet als nevenrestricties te kwalificeren, zoals verzoeksters betogen.

Het begrip nevenrestrictie

- 104 In het communautaire mededingingsrecht omvat het begrip nevenrestrictie elke restrictie die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een primaire transactie [zie, in die zin, de mededeling van de Commissie van 14 augustus 1990 betreffende nevenrestricties bij concentraties (PB 1990, C 203, blz. 5; hierna: „mededeling betreffende nevenrestricties”, punt I), de bekendmaking (punt 65), en de artikelen 6, lid 1, sub b, en 8, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 4064/89].
- 105 In haar mededeling betreffende nevenrestricties heeft de Commissie terecht beklemtoond, dat onder rechtstreeks met een primaire transactie verband houdende restrictie moet worden verstaan elke restrictie die van ondergeschikt

belang is bij de verwezenlijking van die transactie en die daarmee een duidelijk verband heeft (punt II 4).

- 106 De voorwaarde dat een restrictie nodig moet zijn, impliceert een dubbel onderzoek. Onderzocht moet namelijk worden, of de restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de primaire transactie, en of zij daaraan evenredig is (zie, in die zin, arrest *Remia e.a./Commissie*, aangehaald in punt 87, punt 20; zie ook punten II 5 en II 6 van de mededeling betreffende nevenrestricties).
- 107 Met betrekking tot de vraag of een restrictie objectief noodzakelijk is, moet worden beklemtoond, dat nu het bestaan van een rule of reason in het communautaire mededingingsrecht niet kan worden aanvaard — zoals in de punten 72 en volgende is aangetoond — het bij de kwalificatie van nevenrestricties onjuist zou zijn de voorwaarde van objectieve noodzakelijkheid aldus uit te leggen, dat zij een afweging van de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging impliceert. Een dergelijke analyse kan immers enkel in het specifieke kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag worden verricht.
- 108 Dit standpunt vindt niet enkel zijn rechtvaardiging in de eerbiediging van het nuttig effect van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, maar ook in redenen van coherentie. Daar artikel 85, lid 1, van het Verdrag immers geen analyse van de positieve en negatieve gevolgen van een primaire restrictie voor de mededinging impliceert, moet dat ook gelden voor de analyse van de daarmee gepaard gaande restricties.
- 109 Zoals verweerster terecht betoogt, kan het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een restrictie voor de primaire transactie dan ook slechts vrij abstract zijn. Niet moet worden onderzocht of de restrictie, gelet op de mededingingssituatie op de betrokken markt, onmisbaar is voor het commerciële

succes van de primaire transactie, maar wel of, in het bijzondere kader van de primaire transactie, de restrictie noodzakelijk is voor de verwezenlijking daarvan. Indien blijkt dat de primaire transactie zonder de restrictie moeilijk of niet kan worden gerealiseerd, kan de restrictie voor de verwezenlijking ervan objectief noodzakelijk worden geacht.

- 110 Zo overwoog het Hof in het arrest *Remia e.a./Commissie* (aangehaald in punt 87, punt 19), dat een concurrentieverbod objectief noodzakelijk was voor een overdracht van een onderneming, voorzover zonder een dergelijk verbod en indien „koper en verkoper elkaar na de overdracht bleven beconcurreren, [...] overeenkomsten tot overdracht van ondernemingen niet [zouden] kunnen worden verwezenlijkt. De verkoper, die een zeer goede kennis heeft van de bijzonderheden van de overgedragen onderneming, zou immers de mogelijkheid behouden om zijn oude klantenkring onmiddellijk na de overdracht weer naar zich toe te trekken en de levensvatbaarheid van de overgedragen onderneming onmogelijk te maken”.
- 111 In haar beschikkingspraktijk heeft verweerster ook kunnen vaststellen, dat sommige restricties objectief noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van bepaalde transacties. Zonder dergelijke restricties zou de betrokken transactie immers „niet tot stand [...] kunnen komen of slechts tot stand [...] komen op een minder hechte grondslag, tegen aanzienlijk hogere kosten, binnen een duidelijk langere termijn of met aanmerkelijk minder kans van slagen” (punt II 5 van de mededeling betreffende nevenrestricties; zie, bij wijze van voorbeeld, ook beschikking 90/410, punten 22 e.v.).
- 112 Anders dan verzoeksters betogen, blijkt uit geen van de door hen aangevoerde beschikkingen, dat verweerster de mededingingssituatie heeft geanalyseerd om de betrokken bepalingen als nevenrestricties te kwalificeren. Uit die beschikkingen

blijkt integendeel, dat verweersters analyse vrij abstract is. Zo luidt punt 77 van beschikking 1999/329 als volgt:

„In feite kan een overeenkomst voor het omslaan van schadevorderingen niet naar behoren functioneren zonder dat ten minste één dekkingsniveau moet worden aangeboden waarover alle leden overeenstemming hebben bereikt. Geen enkel lid zou immers bereid zijn mee te betalen voor vorderingen die door andere clubs in de pool worden gebracht, wanneer het bedrag daarvan hoger is dan dat van de vorderingen die het zelf kan inbrengen.”

- 113 Wanneer een restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een primaire transactie, moet nog worden nagegaan of de duur en de materiële en geografische werkingssfeer daarvan niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de transactie. Indien de duur of de werkingssfeer van de restrictie verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de transactie, moet die restrictie in het kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag afzonderlijk worden geanalyseerd (zie, in die zin, arrest Gerecht van 2 juli 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissie, T-61/89, Jurispr. blz. II-1931, punt 78).
- 114 Ten slotte moet worden opgemerkt, dat voorzover de beoordeling of een specifieke verbintenis een nevenrestrictie vormt voor een primaire transactie, ingewikkelde economische beoordelingen door verweester impliceert, de rechterlijke toetsing van die beoordeling beperkt is tot de vraag, of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie, in die zin, met betrekking tot de beoordeling van de aanvaardbare duur van een concurrentieverbod, arrest Remia e.a./Commissie, aangehaald in punt 87, punt 34).

De gevolgen van de kwalificatie als nevenrestrictie

- 115 Wanneer vaststaat, dat een restrictie rechtstreeks verband houdt met en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een primaire transactie, moet de verenigbaarheid van deze restrictie met de mededingingsregels tezamen met die van de primaire transactie worden onderzocht.
- 116 Indien de primaire transactie niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt, geldt dat ook voor de restricties die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van die transactie (zie, in die zin, arrest Remia e.a./Commissie, aangehaald in punt 87, punt 20). Zo de primaire transactie daarentegen een beperking is in de zin van die bepaling, waarvoor op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag evenwel een vrijstelling is verleend, geldt die vrijstelling ook voor de nevenrestricties.
- 117 Wanneer de restricties rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van een concentratie in de zin van verordening nr. 4064/89, volgt bovendien zowel uit artikel 6, lid 1, sub b, als uit artikel 8, lid 2, tweede alinea, van die verordening, dat die restricties vallen onder de beschikking waarbij de Commissie de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart.

De kwalificatie van het exclusiviteitsbeding als nevenrestrictie

- 118 Gelet op de in de punten 103 tot en met 114 aangehaalde beginselen moet worden onderzocht, of verweerster in casu een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door het exclusiviteitsbeding niet als een nevenrestrictie bij de oprichting van TPS te kwalificeren.

- 119 Verzoeksters menen, dat het exclusiviteitsbeding bijkomstig is bij de oprichting van TPS, aangezien het voor TPS bij gebreke van exclusiviteit voor eersterangsfilms en -sportevenementen onontbeerlijk is om door te dringen op de Franse betaaltelevisiemarkt.
- 120 Allereerst moet evenwel worden opgemerkt, dat het feit dat het exclusiviteitsbeding noodzakelijk is om TPS in staat te stellen, op die markt een vaste plaats te verwerven, irrelevant is voor de kwalificatie van dat beding als nevenrestrictie.
- 121 Zoals in punt 106 reeds is beklemtoond, zijn dergelijke overwegingen, die betrekking hebben op de noodzakelijkheid van de restrictie gelet op de mededingingssituatie op de betrokken markt, niet dienstig voor het onderzoek of de restrictie een nevenrestrictie is. Zij kunnen enkel in aanmerking worden genomen in het kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag (zie, dienaangaande, arresten Pronuptia, aangehaald in punt 74, punt 24, en Dansk Pelsdyravlerforening/Commissie, aangehaald in punt 113, punt 78).
- 122 Verder moet worden opgemerkt, dat zo verzoeksters in casu rechtens genoegzaam hebben aangetoond, dat het exclusiviteitsbeding rechtstreeks verband hield met de oprichting van TPS, zij niet hebben aangetoond, dat de exclusiviteit voor de uitzending van de algemene ketens voor die transactie objectief noodzakelijk was. Dienaangaande heeft verweerster terecht beklemtoond, dat een onderneming in de betaaltelevisiesector in Frankrijk kan worden gelanceerd zonder exclusiviteit voor de uitzending van de algemene ketens. Dat is het geval voor CanalSatellite en AB-Sat, de twee andere ondernemingen op die markt.

- 123 Zo het exclusiviteitsbeding al objectief noodzakelijk was voor de oprichting van TPS, verweerster heeft geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door aan te nemen, dat deze restrictie niet evenredig was aan dat doel.
- 124 Het exclusiviteitsbeding geldt immers aanvankelijk voor tien jaar. Zoals verweerster in punt 134 van de considerans van de bestreden beschikking vaststelt, lijkt een dergelijke duur overdreven, aangezien „de vestiging van TPS op de markt voor het einde van deze periode haar beslag dient te krijgen”. Het is immers zeer waarschijnlijk, dat het concurrentienadeel van TPS (vooral wat de toegang tot exclusiviteit voor sportevenementen en films betreft) mettertijd zal verminderen (zie, in die zin, punt 133 van de considerans van de bestreden beschikking). Het is dan ook niet uitgesloten, dat de exclusiviteit voor de uitzending van de algemene ketens, die weliswaar aanvankelijk bedoeld is om de concurrentiepositie van TPS op de betaaltelevisiemarkt te versterken, haar na enkele jaren in staat stelt de mededinging op die markt uit te schakelen.
- 125 Bovendien is het exclusiviteitsbeding ook onevenredig voorzover het tot gevolg heeft, dat de daadwerkelijke of potentiële concurrenten van TPS elke toegang tot programma's die vele Franse kijkers aantrekkelijk vinden, wordt ontzegd (zie, in die zin, arrest Oude Luttikhuis e.a., aangehaald in punt 70, punt 16). Het buitensporige van de verbintenis wordt daarenboven nog versterkt door het bestaan van schaduwzones. Kijkers die in die zones wonen en die zich wensen te abonneren op een betaaltelevisiezender die ook de algemene ketens uitzendt, kunnen daarvoor immers enkel bij TPS terecht.
- 126 Derhalve moet worden aangenomen, dat verweerster geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door het exclusiviteitsbeding niet als een nevenrestrictie bij de oprichting van TPS te kwalificeren.

127 Dit onderdeel van verzoeksters' betoog moet dan ook worden afgewezen.

De kwalificatie van het beding betreffende de themaketens als nevenrestrictie

128 Gelet op de in de punten 103 tot en met 114 aangehaalde beginselen moet eveneens worden onderzocht, of verweerster in casu een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door het beding betreffende de themaketens niet als een nevenrestrictie te kwalificeren.

129 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat verweerster in de bestreden beschikking (punt 101 van de considerans) het volgende heeft gesteld:

„Men kan zich afvragen of de verplichting voor de vennoten om hun themaketens bij voorrang aan TPS aan te bieden geen bijkomende bepaling is die uit de oprichting van het platform voortvloeit; niettemin leidt deze bepaling, die voor tien jaar geldt, tot een beperking van het aanbod van themaketens en van televisiediensten. Uit dien hoofde valt de onderzochte bepaling onder de toepassing van artikel 85, lid 1.”

130 Daaruit blijkt, dat verweerster vooral wegens de negatieve gevolgen van dit beding voor de situatie van derden gedurende vrij lange tijd heeft geweigerd het beding als een nevenrestrictie te kwalificeren.

- 131 Hoewel verzoeksters dienaangaande de bewijslast dragen, voeren zij niets aan om die beoordeling te ontcrachten.
- 132 Zij beperken zich immers tot het betoog, dat wegens de exclusiviteitspolitiek van CanalSatellite, de door hen geëxploiteerde of gecreëerde themaketens de enige zijn waartoe TPS toegang heeft, zodat het betrokken beding onontbeerlijk is voor het voortbestaan van TPS. Zo dat betoog al juist is, kan een dergelijke overweging betreffende de concurrentiepositie van TPS niet in aanmerking worden genomen voor de kwalificatie van dat beding als nevenrestrictie. Zoals in de punten 107 tot en met 112 reeds is gepreciseerd, moet de objectieve noodzakelijkheid van het beding immers worden onderzocht zonder acht te slaan op de mededingings-situatie.
- 133 Nu de markt voor de verkoop van themaketens zich snel ontwikkelt (punt 65 van de considerans van de bestreden beschikking), heeft verweerster bovendien geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door aan te nemen dat de verplichting van de aandeelhouders van TPS om tien jaar lang hun themaketens bij voorrang aan TPS aan te bieden, verder gaat dan noodzakelijk is voor de oprichting van TPS.
- 134 Zoals verweerster terecht beklemtoont, verwijzen verzoeksters ten slotte ten onrechte naar de beschikkingen Cégétel en Télécom développement, aangezien deze betrekking hadden op andere feitelijke situaties. Zo kan de situatie van TPS niet worden vergeleken met die van een nieuwkomer op een markt die wordt gedomineerd door een onderneming die van oudsher een monopolie heeft en die de toegang tot een essentiële infrastructuur vereist. Canal+ heeft immers niet van oudsher een monopolie op de markt voor de verkoop van themaketens en voor de intrede op die markt is geen toegang tot essentiële infrastructuur vereist. Bovendien hadden de in de beschikkingen Cégétel en Télécom développement onderzochte bepalingen niet tot gevolg dat derden de toegang tot de diensten van de aandeelhouders geheel werd ontzegd. Er was enkel sprake van een voorkeur.

- 135 Derhalve moet worden aangenomen, dat verweerster geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door het beding betreffende de themaketens niet als een nevenrestrictie bij de oprichting van TPS te kwalificeren.
- 136 Dit onderdeel van verzoeksters' subsidiaire betoog moet dan ook worden afgewezen.

iii) Conclusie

- 137 Gelet op het voorgaande moet dit middel ongegrond worden verklaard.

b) Het tweede middel: schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag

i) Het argument betreffende onjuiste toepassing van de vrijstellingscriteria van artikel 85, lid 3, van het Verdrag

Argumenten van partijen

- 138 Verzoeksters stellen in de eerste plaats, dat verweerster artikel 85, lid 3, van het Verdrag heeft geschonden, door bij de toepassing van die bepaling rekening te

houden met beoordelingen van de mededinging op de betaaltelevisiemarkt die huns inziens verband houden met artikel 85, lid 1.

- 139 Vervolgens wijzen verzoeksters erop, dat volgens de rechtspraak (arrest Gerecht van 11 juli 1996, *Métropole télévision e.a./Commissie*, T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, *Jurispr. blz. II-649*, punt 114) de factoren die verweerster in aanmerking neemt voor de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag relevant moeten zijn en betrekking moeten hebben op dat artikel. Verzoeksters stellen, dat verweerster echter niet heeft onderzocht, of het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens, die zij in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag had bevonden, voldeden aan de vrijstellingsvoorwaarden in lid 3 van dat artikel, maar in werkelijkheid heeft onderzocht, of de oprichting van TPS op de markt aan die voorwaarden voldeed.
- 140 Verweerster betwist, dat zij de vrijstellingscriteria van artikel 85, lid 3, van het Verdrag onjuist heeft toegepast.

Beoordeling door het Gerecht

- 141 Met betrekking tot verzoeksters' betoog dat verweerster de positieve en negatieve gevolgen van een restrictie voor de mededinging tegen elkaar moet afwegen in het kader van de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag en niet van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, zij verwezen naar de punten 72 en volgende.

- 142 Aangaande de vraag of verweerster correct heeft nagegaan, of met betrekking tot het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens aan de vrijstellingsvoorwaarden was voldaan, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat verweerster, anders dan verzoeksters betogen, heeft onderzocht of voor elk van die bedingen aan die voorwaarden was voldaan.
- 143 Zo heeft verweerster gesteld, dat aan de voorwaarde inzake de bijdrage tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang was voldaan, aangezien door „de geslaagde start van een nieuw platform op de markt voor betaaltelevisie te bevorderen, [het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens] de komst van een nieuwe marktdeelnemer mogelijk [maken] en [...] voor de Franse televisiekijkers het aanbod van betaaltelevisiediensten [verruimen]” (punt 114 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 144 Die bedingen zijn ook gunstig voor de gebruiker, daar zij leiden „tot een verruiming van het aanbod en tot de ontwikkeling van nieuwe, op het gebruik van een nieuwe technologie berustende diensten” (punt 118 van de considerans van de bestreden beschikking) en tot een „zeer pittige concurrentiestrijd die sinds de oprichting van TPS tussen dit platform en CanalSatellite/Canal+ aan de gang is” (punt 119 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 145 Wat de onmisbaarheid van de betrokken bedingen betreft, heeft verweerster onder meer vastgesteld, dat TPS zonder „een bevoorrechte toegang tot deze [thema]ketens [verplicht zou] zijn zelf een groot aantal ketens te produceren, hetgeen de toch al hoge kosten van het starten van het platform de pan had doen uitrijzen” (punt 122 van de considerans van de bestreden beschikking), en dat

„de exclusieve uitzending van de algemene ketens als lokproduct en als differentiërende factor in het aanbod van TPS onmisbaar is, wil TPS op de Franse markt voor betaaltelevisie een plaats kunnen veroveren” (punt 132 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 146 Wat de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde vierde voorwaarde betreft, namelijk de niet-uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten, heeft verweerster inderdaad niet uitdrukkelijk melding gemaakt van het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens. Zij heeft enkel vastgesteld: „Verre van de concurrentie uit te schakelen, bevordert de TPS-overeenkomst deze juist” (punt 135 van de considerans van de bestreden beschikking). Uit verweersters analyse blijkt evenwel impliciet, dat zij voor die conclusie met die bedingen rekening heeft gehouden, aangezien zij aannam, dat zij onontbeerlijk waren voor het welslagen van TPS.
- 147 In de tweede plaats moet worden opgemerkt, dat ofschoon verweerster terecht heeft aangenomen, dat het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens om de in de punten 118 tot en met 137 vermelde redenen niet als nevenrestricties bij de oprichting van TPS konden worden beschouwd, die restricties toch rechtstreeks met die transactie verband houden. Derhalve moest het onderzoek of aan de verschillende voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag was voldaan, betrekking hebben op de primaire transactie waarmee die bedingen verbonden zijn.
- 148 Verder moet worden opgemerkt dat het desbetreffende betoog van verzoeksters tegenstrijdig is. Zij stellen namelijk enerzijds, dat verweerster die bedingen als nevenrestricties bij de oprichting van TPS had moeten aanmerken, en anderzijds dat verweerster, zonder acht te slaan op de primaire transactie, had moeten nagaan of wat hen betreft was voldaan aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

149 Deze contradictie berust op een verkeerde uitlegging van het begrip nevenrestrictie. Wanneer een restrictie niet als nevenrestrictie kan worden gekwalificeerd, moet zij volgens verzoeksters namelijk noodzakelijkerwijs afzonderlijk worden onderzocht. Zoals in punt 147 reeds in herinnering is gebracht, houdt die opvatting evenwel geen rekening met het feit, dat zo bepaalde restricties die rechtstreeks verband houden met een transactie niet als nevenrestricties kunnen worden gekwalificeerd omdat zij niet objectief noodzakelijk zijn of niet evenredig aan de verwezenlijking van de primaire transactie, zij toch onlosmakelijk daarmee verbonden blijven. Het is dan ook normaal, dat bij het onderzoek daarvan rekening wordt gehouden met de economische en juridische context van die primaire transactie.

150 Dit onderdeel van verzoeksters' betoog moet dan ook worden afgewezen.

ii) Het argument betreffende een beoordelingsfout in verband met de duur van de individuele vrijstelling

Argumenten van partijen

151 Volgens verzoeksters heeft verweerster een beoordelingsfout gemaakt door in de bestreden beschikking aan te nemen, dat de duur van de vrijstelling voor het exclusiviteitsbeding moest worden bepaald op drie jaar. Haar betoog, dat deze restrictie voor TPS slechts onmisbaar is gedurende de aanloopperiode en dat de onmisbaarheid mettertijd zal verminderen, aangezien TPS abonnees zal kunnen bijwinnen en ervaring zal opdoen op het gebied van betaaltelevisie, zodat zij haar aanbod zal kunnen verbeteren, is onjuist.

- 152 De onmisbaarheid van de exclusiviteit zal niet verminderen, maar zelfs toenemen, gelet op de dominante marktpositie van de Canal+-groep. Zonder exclusiviteit voor de uitzending van de algemene ketens komt de leefbaarheid van TPS in het gedrang.
- 153 In dat verband moet volgens verzoeksters worden verwezen naar de beschikking Cégétel, waarin een bepaling betreffende de exclusieve distributie van bepaalde telefoniediensten voor tien jaar is vrijgesteld, met name op grond dat Cégétel haar investeringen in telecommunicatiediensten pas na een zeer lange periode kan terugverdienen.
- 154 Verzoeksters menen ook, dat verweerster een beoordelingsfout heeft gemaakt door de vrijstelling voor het beding betreffende de themaketens te beperken tot drie jaar, dat wil zeggen de aanlooperperiode. Huns inziens is dat beding immers niet enkel onmisbaar in de aanlooperperiode, zoals verweerster stelt, maar gedurende de gehele exploitatieperiode van TPS, aangezien dat beding het enige middel is om de aanvoer van themaketens veilig te stellen.
- 155 Verweerster betwist, dat zij door de vaststelling van een vrijstellingsduur van drie jaar een beoordelingsfout heeft gemaakt.

Beoordeling door het Gerecht

- 156 In de eerste plaats zij eraan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak de uitoefening van verzoeksters bevoegdheden in het kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag noodzakelijkerwijs op ingewikkelde economische beoordelingen

berust, zodat de rechterlijke toetsing daarvan met name beperkt dient te blijven tot het onderzoek van de feitelijke grondslag en de daarop door verweerster toegepaste juridische kwalificaties (zie, met name, arrest Hof van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 449, 521, en arrest Matra Hachette/Commissie, aangehaald in punt 74, punt 104).

157 Dit beginsel geldt met name voor de vaststelling door verweerster van de periode waarin een restrictie onmisbaar wordt geacht (arrest Remia e.a./Commissie, aangehaald in punt 87, punt 34).

158 In de tweede plaats zij eraan herinnerd, dat het Gerecht in het arrest Matra Hachette/Commissie (aangehaald in punt 74, punt 104) heeft overwogen, dat „de aanmeldende ondernemingen de Commissie bewijsmateriaal [moeten] verstrekken, dat aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, is voldaan [arrest Hof van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19], welke verplichting in het kader van de contentieuze procedure moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de op de verzoekende partij rustende verplichting om bewijsmateriaal aan te voeren waardoor de beoordeling van de Commissie wordt tegengesproken”.

159 Vastgesteld moet worden, dat verzoeksters enkel stellen, dat verweerster een beoordelingsfout heeft gemaakt aangezien de onmisbaarheid van de exclusiviteit niet zal verminderen, zoals verweerster in punt 133 van de considerans van de bestreden beschikking heeft vastgesteld, maar huns inziens zelfs zal toenemen, gelet op de dominante marktpositie van de Canal+-groep. Aangaande het beding betreffende de themaketens stellen zij, dat dit noodzakelijk is om de bevoorrading van TPS met dergelijke ketens veilig te stellen. Zij voeren echter geen bewijzen

aan voor de juistheid van die stelling, die bovendien geen rekening houdt met de ontwikkeling van de markt. Ten slotte betwisten verzoeksters geen van de feiten op grond waarvan verweerster heeft aangenomen, dat de onmisbaarheid van die bedingen mettertijd zal verminderen, en heeft geconcludeerd dat het tijdvak gedurende welke zij voor TPS onmisbaar zijn, ten minste drie jaar dient te bestrijken (punt 134 van de considerans van de bestreden beschikking).

160 In de derde plaats moet worden opgemerkt, dat verweersters ten onrechte verwijzen naar de beschikking Cégétel. Zoals verweerster terecht beklemtoont, werd in die beschikking enkel een vrijstelling verleend voor de exclusieve distributie van bepaalde producten, en de distributie van die producten vormde slechts een klein deel van de activiteiten van Cégétel, terwijl de exclusiviteit voor de uitzending van de algemene ketens een essentieel onderdeel is van het aanbod van TPS.

161 Derhalve moet worden aangenomen, dat verweerster geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door de vrijstelling tot drie jaar te beperken.

162 Dit onderdeel van verzoeksters' betoog moet dan ook worden afgewezen.

iii) Conclusie

163 Gelet op het voorgaande dient dit middel ongegrond te worden verklaard.

2. *Het middel inzake artikel 2 van de bestreden beschikking, ontleend aan schending van het rechtszekerheidsbeginsel*

Argumenten van partijen

- 164 Verzoeksters menen, dat verweerster door de afgifte van een negatieve verklaring voor slechts drie jaar, op grond dat het non-concurrentiebeding slechts gedurende de aanlooperperiode als een nevenrestrictie bij de oprichting van TPS kan worden gekwalificeerd, niet de regels heeft nageleefd die zij heeft geformuleerd in haar *XXIVe Verslag over het mededingingsbeleid*. Verweerster heeft in dat voor haar bindende document immers gepreciseerd, dat nevenrestricties „in de context van gemeenschappelijke ondernemingen gewoonlijk [worden] toegestaan voor de gehele duur van de gemeenschappelijke onderneming” (blz. 129, punt 166).
- 165 Volgens verzoeksters volgt uit de rechtspraak (arresten Gerecht van 17 december 1991, *Hercules Chemicals/Commissie*, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, en 10 maart 1992, *Hüls/Commissie*, T-9/89, Jurispr. blz. II-499) dat verweerster, door die regel in casu niet te eerbiedigen, het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden.
- 166 Verzoeksters wijzen erop, dat verweersters standpunt in deze zaak des te betwistbaarder is, nu die regel blijkens de beschikkingen *Cégétel* en *Télécom développement* nog steeds van kracht is. In die beschikkingen zijn twee non-

concurrentiebedingen immers als nevenrestricties gekwalificeerd en op dezelfde wijze behandeld als de gemeenschappelijke onderneming.

- 167 Verweerster betwist, dat zij het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden of een beoordelingsfout heeft gemaakt door aan te nemen dat het non-concurrentiebeding slechts gedurende de aanlooperperiode, dat wil zeggen gedurende de eerste drie jaar, een nevenrestrictie vormt.

Beoordeling door het Gerecht

- 168 Allereerst zij erop gewezen, dat blijkens de door verzoeksters aangehaalde passage uit het *XXIVe Verslag over het mededingingsbeleid*, volgens welke nevenrestricties „gewoonlijk (worden) toegestaan voor de gehele duur van de gemeenschappelijke onderneming”, en het concrete kader daarvan, het onderzoek van vijf gevallen van oprichting van gemeenschappelijke ondernemingen in de sector onderzoek en ontwikkeling, het deel van het verslag waarvan die passage deel uitmaakt geen strikte regels bevat die verweerster zichzelf heeft opgelegd voor de kwalificatie van een verbintenis als nevenrestrictie. Het gaat veeleer om de loutere beschrijving van een aantal beginselen die verweerster gewoonlijk toepast in het kader van haar analyse van bepaalde clauses die zij beschouwt als bijkomstige bepalingen bij een primaire transactie.
- 169 Anders dan verzoeksters stellen, kan deze zaak dan ook niet worden vergeleken met de zaak waarin het arrest *Hercules Chemicals/Commissie* (aangehaald in punt 165) is geweest. In die zaak had verweerster namelijk in haar jaarlijks verslag over het mededingingsbeleid een aantal regels betreffende de toegang tot het dossier in mededingingszaken meegedeeld die zij zichzelf had opgelegd.

- 170 Uit de door verzoeksters aangehaalde passage uit het *XXIVe Verslag over het mededingingsbeleid* blijkt trouwens, dat daarin enkel nagenoeg letterlijk de beginselen worden herhaald die verweerster heeft ontwikkeld in punt 67 van de mededeling gemeenschappelijke ondernemingen. Uit die mededeling blijkt duidelijk, dat deze slechts indicatieve waarde heeft met betrekking tot de wijze waarop verweerster de theorie van de nevenrestricties in de praktijk toepast.
- 171 Verzoeksters kunnen zich dus niet op die passage baseren om aan te tonen dat verzoekster jegens hen het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden.
- 172 Gelet op het voorgaande, dient dit middel ongegrond te worden verklaard.
- 173 Aangezien alle middelen van verzoeksters ongegrond zijn, moet het beroep worden verworpen.

Kosten

- 174 Ingevolge artikel 87, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien dit is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij, overeenkomstig de vordering van verweerster en interveniënte, naast hun eigen kosten ook de kosten van verweerster en interveniënte te dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verwijst verzoeksters in hun eigen kosten en in die van verweerster en interveniënte.

Azizi

Lenaerts

Jaeger

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 september 2001.

De griffier

De president van de Derde kamer

H. Jung

J. Azizi

II - 2517

Inhoud

Algemeen kader van de zaak	II-2466
A — Beschrijving van de transactie	II-2466
B — De relevante markten en hun structuur	II-2467
1. Franse betaaltelevisiemarkt	II-2467
2. Markt voor uitzendrechten voor, met name, films en sport	II-2469
3. Markt voor de verkoop en exploitatie van themaketens	II-2469
C — Aanmelding en aangemelde overeenkomsten	II-2470
1. Non-concurrentiebeding	II-2471
2. Beding betreffende de themaketens	II-2472
3. Exclusiviteitsbeding	II-2472
D — Bestreden beschikking	II-2473
Procesverloop en conclusies van partijen	II-2474
In rechte	II-2476
A — De ontvankelijkheid van het beroep	II-2476
Argumenten van partijen	II-2476
Beoordeling door het Gerecht	II-2477
B — Ten gronde	II-2479
1. De middelen tot nietigverklaring van artikel 3 van de bestreden beschikking. II-2480	
a) Het eerste middel: schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag	II-2480
i) Het primaire argument, dat het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens niet de mededinging beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag	II-2480
— De grief betreffende onjuiste beoordelingen	II-2481
Argumenten van partijen	II-2481
Beoordeling door het Gerecht	II-2483
— De grief betreffende onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (niet-toepassing van een rule of reason)	II-2486
Argumenten van partijen	II-2486
Beoordeling door het Gerecht	II-2487

ii) Het subsidiaire argument, dat het exclusiviteitsbeding en het beding betreffende de themaketens nevenrestricties zijn	II - 2490
— Argumenten van partijen	II - 2490
Het begrip nevenrestrictie	II - 2490
De gevolgen van de kwalificatie als nevenrestrictie	II - 2493
De kwalificatie van het exclusiviteitsbeding als nevenrestrictie	II - 2495
De kwalificatie van het beding betreffende de themaketens als nevenrestrictie	II - 2496
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2497
Het begrip nevenrestrictie	II - 2497
De gevolgen van de kwalificatie als nevenrestrictie	II - 2501
De kwalificatie van het exclusiviteitsbeding als nevenrestrictie	II - 2501
De kwalificatie van het beding betreffende de themaketens als nevenrestrictie	II - 2504
iii) Conclusie	II - 2506
b) Het tweede middel: schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag	II - 2506
i) Het argument betreffende onjuiste toepassing van de vrijstellingscriteria van artikel 85, lid 3, van het Verdrag	II - 2506
Argumenten van partijen	II - 2506
Beoordeling door het Gerecht	II - 2507
ii) Het argument betreffende een beoordelingsfout in verband met de duur van de individuele vrijstelling	II - 2510
Argumenten van partijen	II - 2510
Beoordeling door het Gerecht	II - 2511
iii) Conclusie	II - 2513
2. Het middel inzake artikel 2 van de bestreden beschikking, ontleend aan schending van het rechtszekerheidsbeginsel	II - 2514
Argumenten van partijen	II - 2514
Beoordeling door het Gerecht	II - 2515
Kosten	II - 2516